Archiv
für die
civilistische Praxis.

Vier und zwanzigster Band. Erstes Heft.

I.

Dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre von der Lex commissoria beim Pfandrechte.

Von

Hrn. Geh. Hofrath L. A. Warnkönig in Freiburg.

§. 1. Einleitung.

Verschiedene Civilisten Deutschlands haben in der neuesten Zeit einzelne Materien des römischen Rechts dogmengeschichtlich behandelt und dadurch dieselben mehr aufgehellt, als sie durch eine rein kritische Erörterung hätten aufgehellt werden können. Es ist interessant, den Ursprung berühmter Streitfragen oder zu Dogmen gewordener Sätze nachzuweisen, die Geschichte derselben zu verfolgen und aus dieser zu zeigen, warum eine bestimmte Lehre gerade diesen Gang genommen hat, und warum die größten Ausleger der verschiedenen juristischen Schulen der Methode und dem Charakter dieser Schulen gemäß die stehend-gewordenen Streitfragen so und nicht anders lösten, oder eine bestimmte Lehre auf die ihnen eigenthümliche Weise auffaßten. Fast immer ist es der Stand unserer Quellen, welcher die

Behandlung einer Materie bedingt, besonders da, wo diese auf der Interpretation einiger wenigen Stellen beruht: hier und da ist jedoch die geniale oder auch sonderbare Auffassungsweise der Interpreten von Einfluß.

Vor fünfundzwanzig Jahren begann der Verfasser gegenwärtiger Abhandlung die dogmengeschichtliche Bearbeitung eines freilich sehr kleinen Capitels aus dem römischen Rechte, nämlich der Lehre von dem commissorischen Vertrage bei Verpfändungen. Er hatte dieselbe (1814) als Gegenstand einer Preisaufgabe der Heidelberger Juristenfacultät behandelt, wollte jedoch die gekrönte Preisschrift nur nach einer gänzlichen Umarbeitung als Dogmengeschichte dieses Capitels drucken lassen. Ein ganzes Jahr wurde der Arbeit gewidmet und zwar in Göttingen, aus dessen Bibliothek ihm fast alle dazu nöthigen Werke zu Gebote standen. Würde im J. 1816 oder 1817 die Abhandlung erschienen seyn, so wäre sie eine der ersten dieser Art gewesen. Allein der Verfasser wurde durch seinen Beruf in ferne Lande geführt, wo er seine Kräfte anders zu benutzen genöthigt war. Er mußte bis zum gegenwärtigen Jahre dem Wunsche die Arbeit zu vollenden und zu veröffentlichen entsagen. Die in der neusten Zeit ihm gewordene Muße bewog ihn, seine Forschungen wieder aufzunehmen. Die gegenwärtige Höhe der Wissenschaft, welche in den letzten 25 Jahren theils durch die Entdeckung so wichtiger neuer Rechtsquellen und durch die Forschungen so vieler überaus gründlicher Kenner des römischen Rechts eine gänzliche Umgestaltung erhalten hat, zwang den Verfasser um so mehr, seine Bearbeitung aufs Neue zu beginnen, als ihm manches aus dem Andenken verschwunden war. Leider stand ihm nicht mehr die Göttinger Bibliothek zu Diensten. Mit Mühe verschaffte er sich einige der wichtigeren Schriften über die Lehre; manche waren ihm unzugänglich und konnten deshalb nur nach seinen im Jahr 1815—1816 gemachten Aufzeichnungen angeführt werden. [1])

---

1) Er nennt z. B. Maestertius de Lege Commissoria. Lugd. Batav. 1639. 4.; ferner Leotardus de Usuris

Auch suchte der Verfasser sich so viel wie möglich zu beschränken, beachtete weniger die Schriftsteller, welche auf den Entwicklungsgang dieser Lehre keinen Einfluß hatten, und berührte kürzer die Fragen, welche mit dem Hauptgegenstande der Abhandlung nicht in der engsten Verbindung stehen. Dessen ungeachtet ist die Abhandlung ziemlich lang geworden. Die Leser des Archivs mögen den Verfasser dadurch entschuldigen, daß er sich vorgesetzt hatte, die Materie zu erschöpfen.

Der Entwicklungsgang der Dogmengeschichte der Lehre vom commissorischen Vertrage ist folgender:

1. Von dem Wiederaufleben des Studiums des römischen Rechts in Italien an, bis zum Anfange des sechzehnten Jahrhunderts wurde dieselbe blos mit Berücksichtigung der Quellen des s. g. gemeinen Rechts d. h. des Corpus Juris Civilis, des Corpus Juris Canonici und der Libri feudorum und zwar zum Behufe der Praxis in einem rein practischen Geiste behandelt. Die Legisten, Canonisten und Consiliatoren befolgten dieselbe Methode, erläuterten und lösten — fast alle auf dieselbe Weise — die theils durch Stellen des Corpus Juris Civilis, theils durch die Rechtsanwendung veranlaßten Fragen. Es bildete sich eine communis opinio aus, deren letzter Vertheidiger Negusantius [2]) ist. Viele Rechtsstreitigkeiten entstanden in Italien, Frankreich, Spanien, Deutschland, als das römische Recht sich verbreitete, weil die deutsche Verpfändungsweise, welche nichts anders war, als der commisorische Pfandvertrag, mit dem ersten in Kampf gerieth.

2. Eine neue Periode in der Geschichte der Lehre beginnt im sechzehnten Jahrhundert, nachdem die Auffindung der Quellen des vorjustinianeischen und postjustinianeischen Rechts und die Verbindung philologisch-historischer Studien mit dem des Römischen Rechts es möglich machte, dieses in seiner

2) In seinem Tractatus de pignoribus et hypothecis, der im Tractatus Tractatuum und bis zum Anfang des 17. Jahrhunderts öfter gedruckt worden ist.

wahren Gestalt kennen zu lernen. Die communis opinio über die L. C. wurde nun bekämpft und zwar sowohl von gebildeteren Practikern als von historischen Civilisten. Nur Wenige vertheidigten die Meinungen des Mittelalters. Diese Periode beginnt mit Dumolin und endigt mit Jacobus Gothofredus, in dessen Commentar zum Codex Theodosianus B. III. tit. 2 die schönste Abhandlung über die lex commissoria steht, die bis dahin (1653) erschienen war. Die größten Civilisten Frankreichs wie Cujas, A. Faber, Donellus, Balduinus, der spanische Jurist Covarruvias, der belgische Rechtsgelehrte Mudacus, dann Giphanius trugen zur Aufhellung der Lehre im sechzehnten Jahrhundert besonders viel bei, im siebenzehnten Gothofredus, der deutsche Bachovius, der Italiener de Mantica, der Franzose Leotardus und Andere.

3. Mit Gothofredus kann man eine neue Periode beginnen lassen, welche mit Adolph Dietrich Weber schließt, dessen von allen bisherigen Darstellungen dieser Lehre so sehr verschiedene Ansichten eine Art Revolution in dieselbe brachten, an welcher mehrere der berühmtesten Civilisten Deutschlands Antheil genommen haben. Dem Anfange dieser Periode gehören einige Schriftsteller an, die zwar vor J. Gothofredus schrieben, jedoch die Hauptautoritäten dieser dritten Periode bilden; wir nennen unter ihnen Jac. Maestertius (der 1639) und Gothofredus a Jena (der 1656 schrieb).

Die Zahl der Bearbeiter unsrer Lehre ist bedeutend; außer den Dissertationen der so eben angeführten Rechtsgelehrten sind noch mehrere andere erschienen, unter welchen die von L. Meuken (vom J. 1688) und dem Holländer Van Musschenbroeck (vom J. 1752) die wichtigsten sind. Uebrigens verminderte sich nach und nach die Zahl der Controversen.

4. Die vierte Periode ist denn die neueste Zeit von Weber bis jetzt. Die deutschen Civilisten sind fast die einzigen Rechtsgelehrten, die sich mit der Lehre beschäftigen. Nur eine Inauguraldissertation erschien über dieselbe zu Leipzig im J. 1836, die einen Hrn. v. Teubern zum Verfasser hat.

Die hier nun versuchte Abhandlung ist bestimmt, die Lücke in der neuesten Literatur über diesen Gegenstand auszufüllen.

Sie ist eine römisch-rechtliche Abhandlung, worin jedoch alle übrigen Quellen, die auf die Lehre sich beziehen und sogar das germanische Recht und die Provinzialgesetzgebungen, in wie weit sie dem Verfasser zugänglich waren, berücksichtigt werden.

§. 2. Angabe der gemeinrechtlichen Quellen.

In den justinianeischen Rechtsbüchern kommt eigentlich nur eine Stelle vor, in welcher von der lex commissoria pignorum die Rede ist. Es ist die aus dem Codex Theodosianus entnommene L. ultima Codicis de pactis pignorum et de commissoria rescindenda (Lib. VIII. tit. 35). Sie enthält das vom Kaiser Constantin im J. 320 (oder 326) erlassene Verbot des commissorischen Vertrags bei Pfandbestellungen, welches mit rückwirkender Kraft die zur Zeit seiner Bekanntmachung noch schwebenden und schon vollzogenen Verträge dieser Art für aufgelöst erklärt.

Die Stelle ist folgende:

Constantinus ad populum [3]).

Quoniam [4]) inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari

3) Im Codex Theodosianus steht diese Constitution mitten unter den Titeln über den Kaufcontract (lib. III. tit. III); auch ist das Wort pignorum dort weggelassen: statt repellit kommt depellit und statt recuperare das Wort recipere vor. (Sonstige Varianten des Cod. Theod. selbst giebt Haenel in der neuesten Ausgabe desselben S. 290). Die andern Abweichungen sind nicht bedeutend. Wenck hat in seiner Note 1 S. 157 gut gezeigt, daß das Ende der Stelle, wo von creditores die Rede ist, genugsam zeigt, die Verordnung beziehe sich nur auf die L. C. pignorum. Die Interpretation der Westgothen versteht die Verordnung auch blos von der lex commissoria pignorum. Die Stellung des Titels ist daraus zu erklären, daß die lex commissoria (auch nach der Vaticana fragmenta §. 9) einen Kauf enthält.

eam et in posterum omnem ejus memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque repellit et futura prohibet. Creditores enim re amissa jubemus recuperare quod dederunt.

Dat. II. Kal. Febr. Sardicae, Constantino A. VII. et Constantio [5]) C. Conss. (326).

Die Verordnung Constantins giebt keine Definition des commissorischen Vertrags bei Verpfändungen; auch findet sich in keiner andern Stelle des Corpus juris civilis eine solche, das Wesen desselben wird offenbar als bekannt vorausgesetzt. Die Compilatoren der justinianeischen Rechtsbücher mußten, weil sie das Constantinische Verbot im Coder aufnahmen, alle Fragmente weglassen, in welchen von dieser lex commissoria die Rede war; allein sie nahmen mehrere Entscheidungen auf,

---

Dieß bemerkt schon Gothofredus; während Contius (Lect. lib. II inf.) der Meinung gewesen war, Constantin habe auch die lex commissoria beim Kauf verboten.

Daß in der Rubrik des C Th. es nur heißt de Commissoria rescindenda, darf nicht als Fehler gelten; denn auch in den Pandekten wird das Wort Lex bei Erwähnung der commissorischen Clausel oft ausgelassen. S. f. 4 §. 18. D. 18. 3. f. 13. §. 26. D. 19. 1. f. 11. §. 13. D. 43. 24.

4) Einige alte Ausgaben des Codex z. B. eine Venetianische vom J. 1496 lesen fälschlich Quoties, welcher Lesart auch Baldus, Salicetus u. A. folgen. Statt captiones lesen die Westgothen und einige Interpreten des 15. Jahrhunderts cautiones.

5) Dieses Datum ist nicht richtig: es muß mit dem Cod. Theod. gelesen werden Sardicae Constantino VI u. s. w., also das Jahr 320; dieß zeigte schon Gothofredus, und jetzt wieder Haenel. Jener weist nach, daß die Verordnung nur ein Capitel eines größern Edictes war, zu welchem noch gehören:
c. 3. C. Th. IV. 9.
c. un C. Th. VIII. 16.
c. 3. C. Th. XI. 7.
Mit Unrecht lesen also Wenck und Beck A. VII.
Man hat sonst keine 326 in Sardica erlassene Constitution Constantins.

welche sich auf Verträge beziehen, die der commissorischen Clausel sehr nahe kommen: darunter sind einige, aus welchen man indirect das Wesen derselben erschließen kann, während andere durch die Unbestimmtheit ihrer Verfassung Zweifel und Streitfragen veranlaßt haben.

Zu den ersten gehören [6]): fr. 16. §. 9 D. 20. 1. fr. 34. D. 13. 7. Zu diesen fr. 80. pr. D. 18 1. und c. 13. C. 8. 14.

In jenen wird der Vertrag, wodurch dem Gläubiger das Pfand im Falle der Nichteinlösung für einen billigen Preis überlassen wird, für gültig erklärt: er sei bei der Verpfändung oder später geschlossen; in der dritten wird gesagt: es könne ausgemacht werden, daß das Pfand dem zahlenden Bürgen verbleibe. In den c. 13 wird die durch Uebereinkunft der Contrahenten vorgenommene Ueberlassung des Pfandes an den Gläubiger für rechtsgültig erklärt. Außer diesen Stellen zogen die ersten Ausleger des römischen Rechts noch mehrere andere in diese Lehre, und machten von denselben den verschiedensten Gebrauch. Es sind diese: f. 45. pr. D. 46. 3. c. 1. 2. C. h. t. (8. 35). c. ult. C. 8. 28.

Später überzeugte man sich nach und nach von der Fremdartigkeit ihres Inhalts und berücksichtigte sie nicht weiter. Die Glossatoren und Scribenten führen jedoch entweder alle oder einige derselben an.

Außer dem Corpus Juris Civilis enthalten Bestimmungen über die lex commissoria, die Decretalen Gregors IX., nämlich des c. 7. X. 3. 21. (de pignoribus) und der Liber Feudorum I. 27.

Alle Quellen des gemeinen Rechts von Europa im dreizehnten Jahrhundert befassen sich also mit diesem verbotenen Vertrage und zwar in der Absicht, denselben als einen unerlaubten für nichtig zu erklären. Dem Canonischen Rechte war dieß um so gemäßer, als derselbe in die Klasse

6) Alle diese Stellen werden abgedruckt werden in den Paragraphen in welchen sie erläutert werden sollen.

derjenigen Verträge zu gehören schien, durch welche ein versteckter Zinswucher getrieben werden konnte. Es waren also nicht mehr die Legisten allein, die über die lex commissoria schrieben, die Canonisten und Feudisten thaten das Gleiche.

Welche Fragen sie zu behandeln pflegten, soll in folgenden Paragraphen angeführt werden.

Im sechzehnten Jahrhundert entdeckte man nicht blos den ältern Text der Constantinischen Verordnung im Codex Theodosianus, sondern noch einen ganzen Titel in den Receptis Sententiis von Paulus, der die Rubrik de lege commissoria führt (II. 13), aber blos von der fiducia und dem pignus überhaupt handelt; ferner die griechischen Uebersetzungen der auf diese Lehre bezüglichen Stellen des Corpus Juris Civilis, in den Basiliken, nämlich in:

Lib. XXV [7]. tit. I. cap. 33 enthaltend das fr. 34. D. 13. 7.
tit. II. c. 16. §. 8 das fr. 16. §. 8. D. 20. 1.
in tit. VII. c. 60—62. C. 1—3. C. 8. 35.

Aus Paulus beleuchtete man die Geschichte des ältern römischen Rechts, das man jedoch schwer begriff; in den Basiliken suchte man ein klareres Verständniß einiger Punkte der übersetzten Stellen. Darauf blieben die Interpreten beschränkt bis zum Jahr 1821, wo der oben in der Note angeführte § 9 der Vaticanischen Fragmente uns die frühere Gültigkeit der lex commissoria bei Pfandverträgen bestätigte und zum erstenmal auch eine in den Quellen selbst enthaltene Begriffsbestimmung desselben mittheilte.

Was die Reichsgesetzgebung betrifft, so enthält die Reichspolizei-Ordnung v. J. 1577 tit 20. §. 5 eine Bestätigung des Verbotes des commissorischen Vertrags bei Verpfändungen.

---

7) In dem B. IV. der Fabrotschen Ausgabe. S. auch die Synopsis Basilicor. c. 62. Lib. 25. tit. 7. d. h. c. 8. C. 8. 35.

§. 3. Uebersicht der Bearbeitungsgeschichte der Lehre zur Zeit der Glossatoren und Scribenten [8] (bis auf Negusantius).

Die oben angeführten Stellen des Codex und der Pandekten haben schon unter den Glossatoren folgende Streitfragen veranlaßt:

Wann ist eine lex commissoria vorhanden, offen oder versteckt? Ist der in den Pandekten genehmigte Vertrag, es solle das Pfand dem Gläubiger im Falle seiner Nichtbefriedigung für einen festzusetzenden Preis überlassen werden, eine durch die l. ult.. C. de pactis pignorum verbotene lex commissoria? Gilt diese, wenn sie nicht im Augenblick der Verpfändung, sondern später eingegangen wurde? Ist sie erlaubt zu Gunsten des Bürgen? Kann der Schuldner auf das aus dem Verbot der l. 3 C. d. p. p. ihm zustehende Recht verzichten? Kann das Verbot der L. C. durch eine entgegenstehende Gewohnheit (oder ein Localstatut) aufgehoben werden? Wird der commissorische Vertrag durch einen ihm beigefügten Eid gültig? Unter welchen verschiedenen Formeln kann derselbe verheimlicht werden? Wann enthält der Kauf mit der Clausel des Wiederkaufs eine lex commissoria?

---

8) Man hat die Glosse und die Commentare der Scribenten zu folgenden Stellen zu vergleichen:
ad Rubric Cod. VIII. 35.
— c. 1. C. eod.
— c. 3. C. eod.
— l. 45. D. 46. 3.
— l. 16. §. ult. D. 20. 1.
— l. ult. pr. D. 18. 1.
— l. 34. D. 13. 7.
— c. 13. C 8. 14.
c. 7. X. 3. 21.
Feud. lib. I. tit. 27.
Ferner zu c. 5. C. 1 14. und c. 2. C. 8, 53.

Die ältesten Glossatoren, in deren Schriften die Lehre von der L. C. behandelt wird, sind Placentinus [9]) († 1192) und Pillius [10]) († 1202). Jener befaßt sich damit, in seiner Summa Codicis zu Lib. VIII. tit. 35; dieser in den Quaestionibus Sabathinis N. LXXIV, wo er einen Fall untersucht und entscheidet, bei welchem die schwierigsten Fragen über die L. C. vorkommen [11]).

Auf sie folgt Azo († 1220), der in seiner Summa Codicis oft wörtlich dasselbe sagt, was bei Placentinus steht, im Apparatus aber kürzer ist als man erwartet. Aus beiden sind Bemerkungen der Glosse entnommen. Azo bezieht zuerst

9) S. über beide v. Savigny Geschichte des R. Rechts im Mittelalter B. IV. S. 210 f.

10) Da diese Summa, die nur einmal in Mainz 1536 f. gedruckt wurde, sehr selten ist: so setzen wir hier bei was sie über die L. C. enthält. Nachdem gesagt wurde, es gebe pacta pignorum utilia, inutilia und superflua, ist zuerst von den ersten die Rede; dann von der L. C., worüber Pl. sich so äußert:

In pignoribus inutile est pactum legis commissoriae, quod est, ut non soluta sit pecunia die praefixa, res sit creditoris, quasi sibi vendita. Item pacta alia quae sunt legis commissoriae affinia, sunt inutilia ex parte creditoris et ex parte debitoris. Ex parte creditoris puta ne creditor unquam vendat. Ex parte debitoris pluribus modis enim, si pactum intercesserit, ne debitori liceat pignus vendere, pactum est inutile. Item pactum est nullum, utpote legis commissoriae ne pignus unquam liceat luere. Item meo judicio nulla est vis hujus conventionis, ut liceat pignus suum recuperare. Inutile est pactum, ut eo pretio quomodo aestimatur, cum pignus datur, creditor pignus habeat, si tempore statuto debitum non solvatur.

Die beiden letzten Fälle sind nicht ganz verständlich angegeben. Im letzten spielt Placentinus auf die bekannte Entscheidung an f. 7. §. 2. D. 20. 5, wie dieß auch Azo jedoch deutlicher thut.

11) Sie sind öfter gedruckt S. Sarti de Claris Archigymn. Bon. Prof. p. 77. v. Savigny a. a. O. S. 268. 289–290. Es schrieben noch andere Legisten solche Quaestiones, worüber sie an den Samstagen Vorträge hielten. Die Canonisten gaben Quaestiones dominicales, die sie als Fragen über das Canonische Recht an den Sonntagen erklärten.

das f. 45 pr. D. 46. 3 auf die L. C., wie nun fast alle Interpreten des Mittelalters und noch manche spätere thun. Die verschiedenen pacta similia L. C. sind angegeben. Im Apparatus behandelt er die Frage: an debitor beneficio ex l. ult. C. de p. p. renunciare possit.

Accursius bemerkt zu c. 1. C. 8 35, es sey darin von einem pactum simile L. C. die Rede, das seiner Verwandtschaft mit dieser wegen wirkungslos sey; wie das se daturum in solutum nach f. 45. D. 46. 3. Die eigentliche L. C. definirt er so: ut si non solvam inter certum tempus, creditoris sit pignus, vel habeat pro pecunia sua emtum, vel sit ei jus faciendi quod vult vel similia. Sed si dicam habeat tunc emtum tanta pecunia, quanti tum valuerit, valet ut l. 16 §. fin. D. de pign. et hyp.

Die Glosse zu c. 3 erklärt zuerst einige Worte, sagt dann ejusmodi pacta valent in arrhis sponsalitiis [12]), und endigt mit der Beurtheilung der Fälle: si convenerit ut non liceat solvere ad mensem, ad annum, in infinitum. Die Glosse zu f. 16. §. ult. D. 20. 1. führt das fr. 81. pr. D. 18. 1. an, als

---

Der Fall des Pillius ist folgender: Accepi mutuam pecuniam dato pignore et conveni cum creditore: ut si ad diem constitutum non restituissem pecuniam, haberet pignus et rem pro empta pro illa pecunia; et etiam renuntiavi legi Commissoriae, et juravi me contra non venturum. Die adveniente non solvi, postmodum paratus sum solvere. Quaeritur an possim pignus recuperare; non obstante, quod renuntiavi legi Commissoriae et juravi; proponitur actio pigneratitia.

Pillius entwickelt nun:

1. die Meinung, quod habeat locum;
2. die Meinung, quod non.

Giebt dann die Solutio dahin:

Mihi videtur breviter distinguendum, utrum debitor sciebat pactum legis commissoriae non valere, an non. In primo casu tenebitur cum effectu; in secundo poterit venire contra, non obstante juramento, er führt Stellen an und setzt hinzu: nempe quia ex causa necessaria qui deserit sacramentum, pejerare non videtur.

12) Davon unten mehr in §. 11 N. I. Die Glosse hat die erste Stelle des Titels gänzlich mißverstanden.

enthalte es einen ähnlichen Fall. Andere Bemerkungen der Glosse werden wir am gehörigen Orte anführen.

Odofredus († 1265) bemerkt in seinem Commentar zum Codex (VIII, 35) und zwar mehrmals, es gebe pacta licita und illicita oder reprobata; zu den letzten gehören das Pactum Leg. Comm. Es sei verboten, quia est iniquum. Nam (sagt er) bene scitis, quod creditores nolunt mutuare, quin pignus valeat plus, quam faciat debitum, es sei also dieses pactum contra bonos mores, nam per hoc creditores incitantur ad malum. Man könne dem Rechte aus der l. ult. nicht entsagen: die L. C. sei aber erlaubt zu Gunsten des Bürgen, und deshalb kein Widerspruch zwischen jenem Gesetze und der l. 81. fr. D. 18. 1. Die l. 45. pr. D. 46. 3. bezieht Odofredus nicht auf die L. C. Jedoch erklärt er sie wie die Glosse bei Sponsalien für gültig.

Die Streitfragen über die L. C. müssen zur Zeit der Glossatoren nicht zu den wichtigsten Controversen des römischen Rechts gehört haben, denn es wird derselben in den Dissensiones Dominorum nicht gedacht [13]. Unter den nach der Glosse schreibenden Rechtslehrern vor Bartolus haben sich über die L. C. am ausführlichsten verbreitet der Franzose Peter von Belle perche (a bella pertica) und Cynus. Jener, der 1307 als Kanzler des Königs Philipp des Schönen von Frankreich [14]) starb, behandelt die wichtigsten Fragen über dieselbe mit beständiger Rücksicht auf die Glosse, in seinem Commentar zu l. ult. C. 8. 35. Cynus [15]) († 1336)) wendet zuerst die scholastische Methode an und legt den Grund zu einem Schema,

13) Im Index der Haenelschen Ausgabe der Dissensiones ist die lex commissoria pignorum gar nicht erwähnt.

14) Der Verf. fand im Stadtarchiv zu Brügge mehrere von diesen Rechtsgelehrten contrasignirte Urkunden des Königs Philipp des Schönen v. J. 1300.

15) Dieser führt c 13. C. 8. 14. zum erstenmal an, um die Gültigkeit des ex intervallo eingegangenen commissorischen Vertrags zu beweisen, jedoch auch f. 45. D. 46. 5 und f. 84. D. 18. 1.

welches alsbald Bartolus [16]) († 1357) und Albericus de Rosate [17]) († 1344) genauer bestimmen, um darnach die verschiedenen Fälle der lex commissoria und der ihr am nächsten kommenden Verträge zu classificiren. Nach dem letzten lautet es so: Contrahitur pactum legis commissoriae

1. Aut cum tertio, puta cum fidejussore — valet.
2. Aut cum creditore principali,
   a) aut pro justo pretio: valet.
   b) aut pro debito,
      α) ex intervallo — valet.
      β) initio — non valet.

Es werden die vier wichtigsten Ausnahmsfälle, welche alle Interpreten des Mittelalters rechtfertigen, auf diese Weise durch logische Gegensätze heraus, und dem Falle, wo das Verbot gilt, entgegengestellt in einer bequemen Uebersicht. Außer dem behandeln diese Rechtsgelehrten die hergebrachten andern Fragen, unterscheiden strenger noch wie bisher die L. C. von den Pactis similibus L. C., untersuchen die Wirkungen der letzten. Bartolus erzählt, daß die Wucherer zu Bologna ein sicheres Mittel erfunden hätten, das Verbot der L. C. zu umgehen, indem sie mit dem Schuldner verabredeten, das Pfand solle dem Gläubiger für einen durch einen (ihnen gewonnenen) Dritten festzusetzenden Preis im Nichtzahlungsfalle verbleiben. Die nachfolgenden Commentatoren erwähnen in der Regel diese Angabe, halten aber das Mittel nicht alle für sicher, weil ja die betrügerische Umgehung des Verbotes erwiesen werden könne. [18])

Baldus († 1400) und andere Commentatoren des Codex und der Pandecten im vierzehnten und fünfzehnten Jahrhundert schließen sich Bartolus enge an; dieser und Baldus werden auch

---

16) Zu l. 4. C. 8. 14.

17) Zu l. 1. C. 8. 35.

18) S. Bartholomaeus de Saliceto († 1412) und Raphael Fulgorius († 1427). Nur in wenigen Commentaren zum Codex ist von der L. C. Pign. die Rede, weil die meisten mit dem 6ten oder 7ten Buche des Codex aufhören

in dieser Lehre stehende Autoritäten sogar bis ans Ende des siebenzehnten Jahrhunderts. Man suchte bestimmte Regeln auf, um die im Mittelalter so häufig vorkommenden Kaufverträge cum pacto de retrovendendo von der Verpfändung sub lege commissoria zu unterscheiden. Wie wir unten (im §. 10) sehen werden, nehmen sie die letzte an, wenn der angegebene Kaufpreis ein sehr niedriger wäre.

Diese Frage wird besonders häufig bei den Consiliatores behandelt, und namentlich untersucht, ob die Präsumtion einer usuraria pravitas bei einem solchen Kaufvertrage oder die Simulirung anzunehmen sey? Die Meisten sprechen sich für die bejahende Meinung aus, einige z. B. Socinius für das Gegentheil [19]).

Die Zahl der Consilia und Decisiones über Fälle des commissorischen Pfandvertrages ist ziemlich bedeutend im 14ten, 15ten und 16ten Jahrhundert. Einige derselben sind vollständige Abhandlungen über die L. C. Aus eigner Ansicht sind uns nachstehende bekannt.

1. Paulus Castrensis Cons. I. 4.

2. Alexander Tartagnus oder von Imola [20]) († 1477), dessen Consilium 178 im Vol. VII. jeden Augenblick angeführt wird und eine ausführliche Erörterung der ganzen Lehre enthält.

Bertrandus [21]) (aus dem Ende des 15. Jahrhunderts), der die meisten Fälle dieser Art behandelt in der Ausgabe seiner Consilia zu Frankfurt 1603 3 Bde fol. Vol. I Pars I. cons. 88. 134. 254. 347. 356. Vol. I. Pars II. cons. 98. Vol. II. Pars I. c. 50. 115. nr. 5. 150. 153. Vol. II. Pars II. c. 140. Vol. III. P. I. c. 91. 178. 215. nr. 3. Vol. IV. c. 273. Vol. V. c. 184. Vol. VII. c. 159. 239. n. 13. 264. n. 11.

---

19) Cons. II. 155. nr 12. Die bejahende Meinung vertheidigen die im Text genannten Bertrand, Cravetta, Decius, Corneus. Bertrand sagt öfter z. B. I. 88. Pactum de retrovendendo, ubi modicum intervenit pretium, habet nescio quid suspecti de usura quam praesumi fecit.

20) Er schrieb zwischen 1450 u. 1477. Haubold. Instit. Liter. p. 47.

21) Er schrieb gegen das Ende des 15. Jahrhunderts, wird aber in

4. Gui Pape[22]) (Guido Papae 1487) Consilia N. 79–81 und Dec. Gratianop. d. h. des Parlaments von Grenoble, wo er Rath war. Man hat davon eine gute Ausgabe vom J. 1653 mit beachtenswerthen Anmerkungen von Duferrier (Ferrerius des Lehrers von Cujacius).

5. Philippus Corneus, Consilior. Vol. I. Cons. 133.

6. Philippus Decius († 1535) Consil. 692.

7. Aym. Cravetta († 1569) Consilior. P. I. Cons. 145. P. III. c. 327. [23])

8. J. V. Hondedeus, Consil. 31. Venetiis 1591. fol. Der Fall ist von 1563, der Prozeß von 1588. 1589.

9. Petrus Surdus Cons. 148. Er schrieb nach der Erscheinung von Dumolin, Tractatus de usuris. Sie erschienen auch in Frankfurt 1598 fol.

10. Menochii Consilia lib. V. C. 30.

Außer diesen fand der Verfasser aus dem 15. und 16. Jahrhundert häufig folgende angeführt, welche er jedoch nicht vergleichen konnte: Hier. Gabrieli Lib. I. Cons. 74. n. 27, Venetiis 1573 fol. Rubeus Alexandrinus [24]) C. 134. n. 3. Rolandus [25]) Lib. I Cons. 25. u. C 92. Decianus [26]) II. 84. (n. 11). Fulv. Pacianus [27]) Cons. 160. Berous [28]) Cons. II. 36; ferner c. 204.

---

den literärgeschichtlichen Werken über berühmte Rechtsgelehrte nicht aufgeführt.

22) Die Autorität dieses Rechtsgelehrten war meist sehr groß in Frankreich, und ist es zum Theil noch: S. Berryat St. Rix Cours de Procedure Civile in vielen Noten.

23) S. über ihn Pancirol. p. 294—295. Er war eine Zeit lang Nachfolger von Duferrier in Avignon. Das Cons. 327 enthält eine fast vollständige Abhandlung über die L. C.

24) S. Pancirolus de claris Interpr. p. 275. Er starb 1544.

25) Es war uns unmöglich diesen Rechtsgelehrten aufzufinden.

26) Professor in Pavia † 1581. Pancirolus p. 283.

27) Es fehlt uns an Nachweisungen über diesen Rechtsgelehrten.

28) Pancirolus p. 374 und 455. Er lebte gegen 1555.

Noch andere fanden wir angeführt z. B. Decius c. 92. Marcabrun. Cons. 91. Feder, de Senis c. 140. Verschiedene andere Consilia, die wir verglichen, enthielten nichts über die L. C., sondern blos über Nebenfragen. Die meisten übrigen bei dem alsbald zu nennenden Tiraquellus angeführten Consilia berühren nur entfernt die l. commissoria. Die Canonisten haben dieselben Ansichten über den commissorischen Vertrag bei Verpfändungen, und legen sie in der Regel nieder in ihren Commentaren zu c. 7. de pignorib. (3. 21). Wie unten in §. 15. gezeigt werden soll, sind die Entscheidungsgründe Innocenz III. in dieser Stelle nicht klar genug, so daß sie für die entgegengesetzten Behauptungen über die Gültigkeit der eidlichen Bestätigung der L. C. angeführt wird. Sie giebt aber den Commentatoren Veranlassung, die ganze Lehre zu erörtern. Hostiensis († 1271), Joannes Andreae († 1348) und der unter dem Namen des Abbas Panormitanus bekannte Nic. de Tudeschis († 1445) sind für unsre Lehre die wichtigsten und werden bis ins siebenzehnte Jahrhundert als Autoritäten angeführt. Die Zahl der erläuterten Fragen beläuft sich bei dem letzten auf 11.

Die Resultate der Arbeiten der Legisten, Consiliatoren und Canonisten über den commissorischen Vertrag bei Verpfändungen sind die Ausbildung einer gemeinsamen Ansicht aller Rechtsgelehrten des Mittelalters, welche auf das oben angegebene Schema des Albericus sich stützt und in den nächst folgenden Jahrhunderten als communis opinio theils angegriffen, theils vertheidigt wurde. Sie ist in systematischer Ordnung [29]) auseinandergesetzt bei den in den folgenden Paragraphen näher charakterisirten Juristen Negusantius, Tiraquellus, Molinaeus, Covarruvius, Mudaeus, Mozzius, Mantica, Merlinus und Leotardus [30]).

29) Gewöhnlich wird zuerst die Definition der L. C. Pign. gegeben, dann gesagt, warum sie verboten sey, während die L. C. beim Kauf es nicht ist. Dann wird eine Ampliatio des Verbotes, d. h. alle Fälle, worauf es sich erstreckt, angegeben, zuletzt die Ausnahmsfälle, die dann entweder vertheidigt oder bekämpft werden.

30) Ferner in Tuschii Practicae Conclusiones t. VI. nro. 15. 16.

§. 4. Bearbeitungsgeschichte der Lehre vom Anfange des 16ten Jahrhunderts an bis auf Jacobus Gothofredus.

Die traditionellen Doctrinen über die lex commissoria bei Verpfändungen wurden im Anfang des sechzehnten Jahrhunderts zusammengestellt und, einige Punkte abgerechnet, vertheidigt von Regusantius in seinem so oft gedruckten Tractatus de pignoribus et hypotheeis [31]). Er wird aber bald als der Repräsentant der bartolistischen Schule und der communis opinio bekämpft. Schon Tiraquellus († 1558), der noch ganz dieser Schule angehört, greift ihn öfter an [32]). Als Gegner in allen Controversen tritt ihm aber Ch. Du Molin (Molinaeus † 1566) entgegen, dessen Ruhm als praktischer Jurist noch im neunzehnten Jahrhundert der größte in Frankreich ist. Er behandelt unsre Lehre ausführlich in seinem Werke: Tractatus commerciorum, contractuum, usurarum reddituumque, welches viele Auflagen erlebt hat, in der Quaestio LII von Nro. 356 — 378. [33]). An Molinaeus schließt sich als Bekämpfer der communis opinio der Spanier Did. Covarruvias († 1577) an, der in seinen Var. Resolut. lib. III. c. 2. c. 7. 8 [34]) eine kurze Abhandlung über die l. c. giebt, welche ganz gegen die Bar-

31) Außer der Ausgabe im Tractatus Tractatuum t. VI. findet sich das Werk im Corpus Selectorum Tractatuum de pignorib. Frankfurt 1586. p. 1. Besondere Ausgaben sind erschienen 1618, 1652, 1683, 1699, 1700. Von der l. commiss. handelt der Verf. im Pars IV. Memb. III. nro. 1 — 5.

Die italienischen Rechtsgelehrten nennen Negusantius häufig Ant. Fanensis.

32 In seinem Werke de utroque retractu und zwar in der Abtheilung de Retractu conventionali: praefat. N. 7 — 9 und am Ende N. 118 — 126.

33) Siehe die neuste Ausgabe seiner Opera omnia Paris 1681 t. II. p. 146 — 151. Eine Cölner Ausgabe in 8vo. liegt vor uns. S. 455 — 482.

34) In der Genfer Ausgabe seiner Werke v. J. 1734 fol. B. II. S. 279 — 282. Nur gelegentlich kommt er auf die l. c. zu sprechen, als er die Frage abhandelt: Ob ein Bürge sich eine Belohnung stipuliren könne.

tolisten gerichtet ist. Die Frage: ob der eidlich bestätigte commissorische Pfandvertrag rechtsbeständig sey, behandelt er außerdem in seiner Relatio in l. quamvis C. de pactis (c. 2. C. 2. 3) P. II. Paragraph. tertius n. 5.[35]) Neben ihm steht der portugiesische Rechtsgelehrte Pinellus († 1570), der in seinem weitläufigen Commentar ad Rubricam et l. 2. C. de rescindenda venditione ausführlich von unsrer l. c. handelt.[36]) Auf beide lassen wir als den gründlichsten Bearbeiter der Lehre folgen den Belgier Gabriel Mudaeus († 1560), der ein Zuhörer von Cujas war, jedoch in seiner Abhandlung vom Pfandrechte den Praktikern näher steht als der eleganten Juristenschule Frankreichs.[37])

Auf Mudaeus lassen wir als Praktiker folgen Bachovius, der freilich schon dem siebenzehnten Jahrhundert angehört. Er handelt am ausführlichsten von der l. c. in seiner zuerst 1627, dann 1656 in 4o. wieder erschienenen Abhandlung de pignoribus et hypothecis lib. I. c. 15 u. 16. Ihm gingen der Italiener Mozzi und der Cardinal de Mantica, die er nicht kennt, vorher, von welchen der erste 1584, jedoch fast als Plagiarius von Negusantius, der letzte aber als ein höchst ausgezeichneter praktischer Jurist erscheint. Jener handelt von der l. comm. pign. in seinem Tractatus de contractibus. Venet. 1585 fol. S. 52 — 54 unter der Rubrik de accidentalibus pignoris (n. 3 — 17); dieser in seinem mit Recht früher allgemein geachteten Werke: Vaticanae Lucrubationes de tacitis et ambiguis contractibus Lib. XI. tit. 9 u. 10. Der letzte berücksichtigt die Commentatoren der früheren Jahrhunderte, die Consiliatoren bis auf seine Zeit, so wie die Bekämpfer der

35) Opera t. I. p. 372.

36) Er ist nicht mit dem Prof. Pinelli in Padua zu verwechseln, den Hugo in seiner civilist. Literärgeschichte nennt. Sein Werk gab Suarez de Ribeira, Pinelli's Schüler, heraus.

37) Die Abhandlung steht im Corpus Tractat. Select. p. 258 f. Von der l. c. handelt er S. 301. Die Sammlung erschien noch in Leiden und zwar zweimal 1589 u. 1661, und steht auch in den nach dem Tode des Verfassers gesammelten Schriften desselben. S. Haubold Institut. literariae. p. 91.

communis opinio vollständig, stellt zwei höchste leitende Principien über die Anwendung oder das Wegfallen des Constantinischen Verbotes auf, indem er sagt: wo die ratio desselben Statt finde, gelte es, wo sie wegfalle, seien Ausnahmen vorhanden. Er führt 10 Fälle der Anwendung und 8 Ausnahmen auf. Daß er trotz aller Feinheit doch mehrere Irrthümer vertheidigt, werden wir im Verlaufe unsrer Abhandlung zeigen. An beide schließt sich ein andrer italienischer Rechtsgelehrter an, der ein berühmt gewordenes Werk über das Pfandrecht geschrieben hat, nämlich Mercurialis Merlinus [39]), dessen Tractatus absolutissimus de pignoribus et hypothecis mehrere Auflagen in Folio erhalten hat, in Venedig 1619, in Genf 1650 und 1661, in Orleans 1653. Seine Quaestio CXXIII. im Lib. IV. tit. 4 (in der ersten Genfer Ausgabe S. 494—502) enthält eine vollständige Abhandlung über die lex commissoria, in der durch 87 Nummern alle Fragen über diesen Gegenstand erörtert und gelöst worden. Der Verfasser zeigt sich ganz als Praktiker und stützt sich daher vorzüglich auf praktische Schriftsteller, namentlich auf eine große Anzahl Consiliatoren. Negusantius, Covarruvias und Mantica werden Schritt vor Schritt verfolgt; den beiden letzten wird am öftersten beigestimmt. Im Allgemeinen ist Merlinus ein Gegner der communis opinio des Mittelalters.

Er wird mit den zuletzt vor ihm genannten zwei deutschen Praktikern aus der zweiten Hälfte des siebenzehnten Jahrhunderts als Autorität in dieser Lehre fleißig angeführt [41]).

---

38) Eine schöne Ausgabe des Werkes erschien in Genf 1723. 2 Voll. Dieselbe wurde 1614 dem Papst Paul V. gewidmet.

39) Er hieß Merlino und war aus Forli.

40) Auch Trentacinquius resol. practicae wird häufig von diesen citirt. Allein dessen Werk kam uns nie zu Gesicht.

41) Es sind außerdem noch zu nennen der freilich ältere Caepolla in seinem Tractatus Cautelarum: N. 244. Ausg. v. Fichard S. 94—95. Menochius de Adisp. possessione, Remed. V. n. 38—45; der Moralist und Jurist Cardinal de Lugo, de

Was die nun zu nennenden Koryphäen der bessern Schule des sechzehnten Jahrhunderts betrifft, so findet sich über die Lehre der lex commissoria pignorum nichts bei Zasius, nichts bei Duarenus und fast nichts in Sichardus Commentar ad Codicem, wo die Titel vom Pfandrechte übergangen sind. Im Titel 22 des IV. Buches, wo er c. 1—4 de contractibus simulatis handelt, untersucht er kurz, in welchem Falle der Kauf cum pacto de retrovendendo ein versteckter commissorischer Pfandvertrag sey. In schöner Sprache ohne eine fortlaufende Bekämpfung der Träger der communis opinio des Mittelalters schreiben über die l. c. Donellus und Balduinus in ihren Werken über das Pfandrecht. [42]) Jener behandelte die Lehre auch in seinem Commentar ad l. ult. C. VIII. 35. Auch Hotmann commentirte diese Stelle, ist jedoch nicht von Bedeutung. Ferner sind zu nennen A. Faber, Salmasius, Cujas, Hub. Giphanius und zuletzt Jacobus Gothofredus, mit welchem wir diese Periode schließen.

Cujacius hat — zwar nicht der erste [43]) — die Lehre von der lex commissoria geschichtlich aufgestellt, jedoch einen Hauptirrthum veranlaßt, den bis auf Jac. Gothofredus viele Interpreten theilten, nämlich den: dieser Nebenvertrag sey nichts anders als die alte fiducia gewesen, welche also Constantin durch c. ult. C 8. 35 abgeschafft habe. Cicero pro Flacco c. 6, dessen Epist. ad Diversos XIII, 36 Paulus re-

---

Justitia et Jure Disp. 25. Sect. VIII. n. 176—179. Ferner Lupus, de Usuris, tractat. Practic. VII. 151 f. Er folgt besonders Molinaeus und Covarruvias.

Angeführt fand der Verf. noch manche italienische und spanische Juristen, deren Werken aber kein eigentlicher literärischer Ruf zu Theil geworden ist.

42) Im Corpus Selector. Tractatuum sind beide Werke abgedruckt. S. die hierher gehörende Stelle des Donellus c. 11. S. 218. Balduinus C. 17. p. 242.

43) Schon Budaeus nahm in seinen Annotationes ad Pandectas lib. XX. tit. 1 auf das vorjustinianeische Recht in dieser Lehre Rücksicht

ceptae sententiae II. 13 mit der Ueberschrift de lege commissoria [44]), endlich Isidor. Etymol. v. 25 veranlaßten seinen Irrthum. Der Belgier Raevardus († 1568) griff ihn jedoch schon früher an [45]); aber sein Schüler Maranus († gegen 1640) vertheidigte ihn [46]). In seinen Erklärungen der in die Lehre einschlagenden Stellen des Corpus Juris ist er, wie so oft, schwankend, doch sind mehrere weit richtiger als die vor ihm versuchten. Wir werden an den gehörigen Orten dieselben aufführen. Im Mißverstehen der fiducia wird er aber überboten durch Anton Faber, der in seinem bekannten Werke de erroribus Pragmaticorum Decas XXI eine allen Rechtsbegriffen widerstreitende Theorie von der l. c. pign. aufgestellt hat [47]), deren Widerlegung verschiedenen Commentatoren bis ins achtzehnte Jahrhundert viel zu schaffen gemacht hat, z. B. Bachov, den sogleich zu nennenden Leotardus, Jac. Gothofredus und Westphal. In Irrthümer ganz anderer Art über den Begriff der fiducia und das ganze ältere Hypothekensystem der Römer fiel der philologische Polyhistor Cl. Salmasius, der in seinem Werke de modo usurarum c. XII. XIII. und besonders c. XIV die gröbsten Schnitzer begeht und die unerhörtesten civilistischen Ketzereien vorbringt. Jac. Gothofredus führt in seinem Commentar ad Cod. Theod. III. 3. B. II. S. 295 deren sechzehn auf. [48])

---

44) Cujas sagt ad Rubr. Pauli II. 13: Est ergo fiducia pignoris lex Commissoria. Schulting Jurispr. Antejust. p. 282.

45) De auctoritate Prudentum c. V. in der Neapolitanischen Ausgabe seiner Opera t. II. p. 244.

46) Ad Pandectas lib. XVIII. tit. 3.

47) Dieselbe wird in §. 8 am Ende angegeben werden. Die Halucci notiones Fabriles in dieser sind bei den Rechtsgelehrten des 17. Jahrhunderts sprüchwörtlich geworden.

48) Hier nur einige 1) in fiducia non intervenisse mancipationem et remancipationem; 2) Fiduciam eandem fuisse cum hypotheca rei immobilis; 3) Lege commissoria rem non commissam fuisse creditori; 4) L. 1. C. 8. 35. de leg. comm. statuere; 5) Errare Boëthium et Isidorum fiduciam definientes u. d. g. m.

Noch ehe Jac. Gothofredus die durch diese Schriftsteller verbreiteten Irrthümer widerlegte, that dieß schon der gelehrte Honoratus Leotardus aus Nizza, welchem man mit jenem das Lob ertheilen muß, daß er das Beste und Trefflichste über die lex commissoria schrieb, was bis auf ihn über dieselbe geschrieben worden ist. Er ist als Rechtshistoriker nicht minder ausgezeichnet wie als Praktiker und verdient die Ehre, welche alle Juristen des südlichen Europas ihm erzeigen, als eine der ausgezeichnetsten Autoritäten angeführt zu werden. Auf ihn folgt Gibbalinus [49], der jedoch auf seinen Schultern steht, ob er gleich als ein in den besseren Schulen gebildeter Rechtsgelehrter erscheint.

Sehr ausführlich handelt von der lex commissoria bei Verpfändungen Hubertus Giphanius in der Explanatio difficiliorum et celebriorum legum Codicis, Colon. Planc. 1614. 4. p. 394—403. Er berücksichtigt gleichmäßig die Praktiker und die eleganteren Commentatoren. [51]) Daher die hergebrachten Streitfragen alle bei ihm abgehandelt werden. Er kämpft theils für, theils gegen die communis opinio des Mittelalters, stellt auch einige ihm eigenthümliche Behauptungen auf. Er vertheidigt z. B. die Gültigkeit von neun pacta similia legis commissoriae. Die Ordnung seiner Abhandlung giebt er im Eingange derselben an; er beginnt mit einer geschichtlichen Erörterung über die lex commissoria, die er mit Cujacius für identisch mit der fiducia erklärt. Er glaubt, Constantin habe die l. c. auch beim Kaufe aufgehoben und

---

49) In seinem Werke de Usuris et usurariis Contractibus. Quaest. 69. 70. In einer Brixener Ausgabe des Werkes S. 364—379. Bei Lipenius sind Lyoner Ausgaben angeführt v. 1643. 1649. 1683 fol.

50) In seinem Werke de Usuris, de Commerciis deque aequitate et usu fori lugdunensis. Lugduni 1657 fol. p. 452.

51) Von Donellus und Balduinus ist jedoch bei ihm nicht die Rede, wohl aber von Bartolus, Negusantius, Molinaeus, Faber, Mudaeus, Cujacius u. a.

Tribonian dessen Verbot durch das Einschieben des Wortes pignorum auf den Pfandvertrag beschränkt. Der Aufhebungsgrund ist nach ihm die Absicht Constantins gegen den Zinswucher zu steuern, gewesen. Einige Stellen werden gründlich erörtert und gut erklärt, z. B. fr. 81. pr. D. 18. 1. Giphanius ist daher nicht ohne Gründe in dieser Lehre eine auch von den neuesten deutschen Civilisten [52]) geachtete Autorität.

Für die schönste Darstellung unsrer Lehre aus dieser Periode müssen wir die schon öfters angeführte Abhandlung des großen Jac. Gothofredus ad c. un. C. Th. 3. 2. (t. II. S. 290 — 295) erklären, in welcher jedoch das Geschichtliche mit größerer Vorliebe und Ausführlichkeit bearbeitet ist, als die dogmatisch praktischen Fragen. Was kein Rechtsgelehrter aus der französischen Schule des sechzehnten Jahrhunderts geleistet hat, findet sich bei diesem gründlichen juristischen Geschichtsforscher vereint. Er verbindet (auch in dem angeführten Commentar zu der einen Stelle des Cod. Theod.) die ausgebreiteste Gelehrsamkeit mit dem feinsten richtigsten Urtheil und einem tiefen Blick in das gesammte ältere und spätere römische Recht. Dabei ist seine Sprache classisch rein und überaus einfach und klar. Schon im Anfange unsrer Abhandlung haben wir nach ihm den Ursprung des Constantinischen Edictes und dessen Zusammenhang mit anderen Verordnungen dieses Kaisers angegeben. Gothofredus schildert S. 291 Constantin als Gesetzgeber, erklärt auf das Ueberzeugendste den Begriff des commissorischen Vertrages bei Verpfändungen, zeigt dann, daß er vor diesem Kaiser nicht verboten war, verbreitet sich darauf ausführlich über die alte fiducia, zeigt gegen Cujacius und seine Anhänger, daß die l. c. nicht nothwendig mit dieser Verpfändungsweise verbunden war, widerlegt Ant. Faber und Salmasius. Er beweist, freilich nur kurz, daß die in den Pandekten vorkommenden Stellen, welche man

---

52) S. Fritz Erläuterungen zu Wening B. I. S. 477

früher allgemein auf die l. c. bezogen hatte, durchaus nicht von derselben zu verstehen sind.

Gothofredus Abhandlung ist die erste, welche unsre Lehre in ihrem wahren Lichte zeigt. Sie erschien lange nach ihrer Abfassung, d. h. erst im J. 1665 und blieb deshalb mehreren Rechtsgelehrten, die früher schrieben und von uns schon in die folgende Periode gesetzt werden, unbekannt. Sie mag kurz nach 1639 geschrieben worden seyn. Jac. Gothofredus starb 1652.

In der mit ihm geschlossenen Periode erschienen zwei akademische Dissertationen über die lex commissoria pignorum, die eine im J. 1577 zu Tübingen, nämlich: De lege commissoria et antichresi super pignoribus hypothecisve facta atque interposita, praesid. Valcio respondente M. Entzleri.

Nach der von meinem Freunde uns mitgetheilten Inhaltsanzeige derselben ist diese Arbeit, worin unsre Lehre ganz aphoristisch abgehandelt wird, nicht von Bedeutung; sie hat auf die weitere Bearbeitung derselben keinen Einfluß gehabt und wird bei keinem Schriftsteller über die l. c. angeführt.

Die zweite ist die Abhandlung des Leydener Professors Maestertius, wovon im folgenden Paragraphen die Rede seyn wird.

§. 5. Bearbeitungsgeschichte der Lehre von der Mitte des siebenzehnten bis gegen das Ende des achtzehnten Jahrhunderts, besonders in Holland und in Deutschland.

Im siebenzehnten Jahrhundert bis zur Mitte des achtzehnten waren es vor allen die holländischen Rechtsgelehrten, welche die französische Schule fortsetzten. In Deutschland herrschte die praktische Richtung vor [58]), so wie auch in Frankreich.

---

58) Schon im sechzehnten Jahrhundert schlossen die eigentlich deutschen d. h. die nicht aus Frankreich oder Belgien eingewanderten Civilisten sich mehr den Bartolisten an; nur wenige machen rühmliche

Doch hatte unser Vaterland in der ersten Hälfte des achtzehnten Jahrhunderts einige juristische Geschichtsforscher von großem Namen, während einige holländische Rechtsgelehrte des siebenzehnten noch jetzt zu den berühmtesten Praktikern in Europa gehören. In Holland und Deutschland wurde während dieser Zeit die Lehre von der lex commissoria pignorum mit besonderem Eifer bearbeitet. Bei Ulrich Huber finden wir jedoch in den Praelectiones ad Pandectas so gut wie nichts; in der Eunomia p. 732 eine Erklärung des fr. 16. § 9. D. 20. 1. Voet († 1713) ad Pandectas XX. 1. 25. hält sich nur an die zwei Fragen: ob die l. c. pignorum ex intervallo adjecta, und cum fidejussore contracta gültig sey? Er berücksichtigt unter den früheren Auslegern nur Pinellus, Covarruvias und Bachov. Bei Noodt geschieht der l. c. pignorum nicht einmal Erwähnung. In Bronchorst Miscellaneis v. J. 1621 (?) Cent. I Assertio LXXVII wird unter der Rubrik Pactum legis commissoriae reprobatum das Allgemeinste der Lehre gegeben, nämlich der Beweis des Verbotes der l. c. durch c. 3. C. 8. 35 und gezeigt, es seyen c. C. 1. eod. c. ult. C. 8. 28. f. 81. pr. D. 18. 1. f. 16. §. 9. D. 20. 1 nicht dagegen. Autoritäten werden wenige angeführt, doch Bartolus, Molinaeus, Menochius und Pacius genannt. In Schultings Jurisprudentia antejustinianea wird (Notae ad Paul. II. 13) p. 282 einiges Geschichtliche über die fiducia mitgetheilt und nach Jac. Gothofredus, Cujacius und Salmasius bekämpft. In seinen erst durch Smallenburg herausgegebenen Notis ad Pandectas kommen einige scharfsinnige Andeutungen vor, die am gehörigen Orte aufgeführt werden sollen.

Ausnahmen. Aus Coleri Consilia N. 29. sieht man, daß die communis opinio der italienischen Rechtsgelehrten rücksichtlich der Streitfragen über die l. comm. in Deutschland herrschend war. S. auch Leop. Hackelmanni Prof. Jenensis illustriores et selectae juris quaestiones. Disputat. XII. Thesis II. u. III, wo überhaupt angeführt werden Dumolin, Cujas, Donellus, Mudaeus, auch Negusantius und Math. Colerus Proc. Execut. P. I. c. 5. n. 9. 10. n. 179.

Eine eigne jedoch sehr gedrängte Abhandlung schrieb über die l. c. pign. Wilh. Best in seiner ratio emendandi Leges C. 21. Seine Darstellung ist einfach, klar und bestimmt, einige der Streitfragen zu lösen, welche durch fr. 34. D. 13. 7 u. fr. 81. pr. D. 18. 1 veranlaßt worden sind, deren Text verbessert wird.

Ausführlicher ist die schon angeführte Abhandlung von Maestertius († 1658), welcher im J. 1635 die Meinungen der älteren communis opinio mit Glück bekämpfte und über ein Jahrhundert eine große Autorität in dieser Lehre wurde. [54])

Von geringer Bedeutung sind a) die 1704 in Utrecht unter van Eck von einem Hrn. van Nees vertheidigte Diss. de pactis pignorum, und die b) Disputatio de lege commissoria auct. Petro van Rendorp, Amsterdam. 1724.

Der Verfasser der letzten ist ein Schüler von Schulting, P. Burmann und Fr Fabricius. Er erläutert den Begriff der l. c., spricht von ihr beim Pfandrechte, folgt Schulting über die fiducia, setzt kurz das Edict Constantins aus einander und scheint alles gut durchdacht zu haben. Literatur wird fast keine angeführt.

Weit bedeutender und die ausgezeichnetste Abhandlung, welche nach Jac. Gothofredus über die l. c. pign. erschien, ist die Inauguraldissertation des Joan. Guil. van Musschenbroeck (v. J. 1752), welche ihrer Vortrefflichkeit wegen im Thesaurus novus Dissertationum juridicarum selectissimarum in Academiis Belgicis habitarum Vol. I. Tom. II. N. X. p. 633—690 aufgenommen worden und bis jetzt die beste Bearbeitung der Lehre von der lex commissoria pignorum zu nennen ist. Alle neueren Civilisten haben deshalb derselben auch eine ganz besondere Aufmerksamkeit gewidmet. Uebrigens zeugt die Arbeit des Verfassers von mehr Gelehrsamkeit als Scharfsinn. [55])

---

54) Man vergl. z. B. Lauterbach ad Pand. X. und Struv XX. 1 und andere. Der Verf. bedauert, daß des Maestertius Dissertation, die er 1816 verglich, ihm jetzt nicht zur Hand ist.

55) Die 4 Capitel der Dissertation sind überschrieben: Cap. I in quo nonnulla praemittuntur de natura legis commissoriae vendi-

Während des Aufschwunges der Rechtswissenschaft in Holland trat in den südlichen, damals spanischen, Niederlanden ein Rückgang derselben ein. Doch glänzten noch Zoesius († 1629), Perez († 1674), und Tuldenus († 1645). Der erste handelt zweimal von der l. c. pign. ganz auf die gleiche Weise, nämlich in seinem Commentar zum Codex (lib. VIII. tit. 35) und in seinem Handbuche der Pandekten (lib. XX. tit. 1. n. 27—30). Er erörtert fünf der stehenden Controversen über die Lehre, unter seinen Autoritäten kommen mehrere Spanier vor. Perez schreibt in reinem Latein, jedoch mehr im Geiste der Bartolisten über die l. ult. C. 8. 35. Er führt Alexandri Consilia an, ferner Covarruvias, endlich die, wie er sagt, eben erschienene Dissertation von Maestertius. Wie in Spanien und dem spanischen Amerika die Lehre bearbeitet wurde, ist zu ersehen aus den Zusätzen zu Covarruvias von Didaeus Ybanez de Faria, der unter Carl II. 1700 hohe Stellen in der Justiz bekleidete. Er behandelt in den Zusätzen zu den Variis Resolut. lib. III. c. II. (t. II. p. 23—24) mit Geschmack, Feinheit und einer großen Kenntniß auch der eleganten juristischen Literatur des 16. Jahrhunderts die wichtigsten Fragen über die l. c. pign. [56])

Außer ihm ist der spanische Canonist Gonzalez Tellez († 1669) in seinem Commentar zu c. 7. X de pignoribus von Bedeutung. In den Schriften der spanischen Civilisten, die im Geiste der Cujacischen Schule das römische Recht bear-

---

tionibus sane addita. Cap. II, in quo requiritur, num L. C. jure Pandectarum ante Constitutionem Imp. Const. fuerit permissa. Cap. III, in quo exponitur Imp. Constantini edictum in l. 3. C. de pact. pign. Cap. IV, in quo inquiritur an Const. edictum etiam pertineat ad contractum Fiduciae sic dictum.

56) Wir haben vor uns liegen die zu Genf im J. 1726 erschienene Ausgabe dieser Additiones. de Faria führt den Titel: Hispaniarum Indiarumque regis catholici a Consiliis in Cancellaria de Buenos Ayres, fisci regii patronus in Goatimalensi Praetorio apud Americam primarios inter judices adscriptus.

beiteten, findet sich nichts über den commissorischen Vertrag bei Verpfändungen. Da sie mehr mit dem classischen Pandektenrecht sich beschäftigten, als mit der späteren Kaisergesetzgebung [57]), so ist bei ihnen die c. ult. C. 8. 35 übergangen.

Unter den Deutschen für die Praxis schreibenden Civilisten folgen auf Bachovius verschiedene. Wir nennen zuerst J. Harpprecht († 1639), der in seinem Institutionencommentar zu §. 4. I. 3. 15. n. 216 — 225. die Lehre von der l. c. im Geiste der früheren Praktiker und besonders ausführlich die Frage von der Gültigkeit des eidlich bestärkten commissorischen Vertrags behandelt. Benj. Carpzov beleuchtet die Lehre nur gelegentlich und kurz in seiner Jurisprud. forensis P. II. Const. XXX. def. 43; es beschäftigt ihn vorzüglich die Frage: wann in einem Kaufe cum pacto de retrovend. eine versteckte l. c. anzunehmen sey. Wichtiger als er ist der bekannte Brunnemann († 1692), der sowohl in seinem Commentar zu den Pandekten (zu fr. 34. D. 13. 7. fr. 81. pr. D. 18. 1. fr. 16. §. 9. D. 20. 1., als in dem zum Codex (zu c. 3. C. 8. 35), und zwar hier am ausführlichsten, die Hauptfragen über die l. c. erörtert mit Anführung von Bartolus, Panormitanus, Negusantius, Molinaeus, Covarruvias, Mantica u. a. m. Seine freilich nicht eigenthümlichen Meinungen, die er bündig und klar ausspricht, werden wir an den gehörigen Orten anführen.

Bei Strauch († 1680) und Schalter († 1705) fanden wir nichts. In Meieri Collegium Argentorat. ist die Lehre sehr kurz abgethan, jedoch unter Anführung vieler selbst nicht bedeutender Autoritäten.

Bei Stryck († 1710) ist nur die Frage von der Gültigkeit der eidlich bestärkten l. c. behandelt, am ausführlichsten obgleich gedrängt, ist die ganze Lehre bei Lauterbach [58]) († 1678)

57) Der Verfasser fand sie nirgends angeführt, und ersah aus den Indices ihrer ihm zu Gesicht gekommenen Schriften, daß sie mit der l. c. pign. sich ex professo nicht beschäftigt haben.

58) Die eigentliche Darstellung Lauterbachs findet sich in den Dispu-

und bei G. A. Struv [59]) († 1692) entwickelt. Beide berühren oder lösen alle seit dem vierzehnten Jahrhundert üblich gewordenen Fragen mit beständiger Rücksicht auf die Schriftsteller des 16. Jahrhunderts und ihrer Zeit; wir finden stets angeführt Negusantius, Molinaeus, Covarruvias, Pinelus, Mudaeus, Bachovius, Mozzi, Mantica, Merlinus, Trentacinquius und Maestertius, dessen Dissertation die neueste Bearbeitung der Lehre für sie enthielt. Er ist Struv's Hauptgewährsmann. Außer beiden ist der Commentator des letzten, nämlich Peter Müller nicht zu übergeben, der (1698) in seinen ausgedehnten Zusätzen die Streitfragen genauer entwickelt hat, mit Rücksicht auf die noch neueren Dissertationen von Gothofredus à Jena (v. 1654) und L. Menken (v. 1688). Nach dem Letzten hat er noch einige früher nicht vorkommende Fragen behandelt, z. B. ob die l. c. zwischen Vater und Sohn, oder mit einem künftigen Gläubiger erlaubt sey? Beide Fragen verneint er.

Wir werden bei der Erörterung der einzelnen Fragen Lauterbach und Struv als die wichtigsten Repräsentanten der während des siebenzehnten Jahrhunderts in Deutschland herrschenden Doctrin über diese Lehre ganz besonders berücksichtigen.

Lauterbach und Struv führen das Verbot der lex commissoria aus der R. Polizei-Ordnung v. 1577 an, der erste auch die Bestätigung des Verbots derselben durch das Würtembergische Landrecht. [60])

---

tationes Academicae. t. IV. p. 1239. in Disp. 146. §. I. N. 7. Sie ging jedoch über in das Colleg. Pandectar. B. XIII. tit. 9. und in das Compendium Juris: hier als Anmerkung.

59) S. dessen Exercitationes ad Pandectas. Exerc. XXVI. n. 78. im B. II des Syntagma.

60) Nicht von Bedeutung ist der von späteren Civilisten oft angeführte J. H. Berger in seinen Resolution. leg. obstant, quae in compendio Lauterbachiano allegantur (Witt.) 1692 8). Er behandelt in einigen Zeilen in lib. 13. tit. 7. 9. 2. 3. nur 2 Fragen: An P. C. ex intervallo additum valeat? und An cum fidej. initum valeat und verneint beide. Etwas mehr doch nichts Gründliches enthält der später oft angeführte H. Hahn in seinem Observat. theor. practicae ad Wesenb. in L li-

Man begreift leicht, daß in einem allgemeinen Lehrbuche des gesammten römischen Rechts der Lehre von der lex commissoria pign., selbst wenn dasselbe mehrere Bände umfaßt, nur wenige Seiten gewidmet werden können. Eine tiefer gehende kritische Behandlung derselben ist nur in Monographien möglich. Solche besitzen wir schon aus dem 17. Jahrhundert in den Dissertationen von Gothofredus à Jena und Menken. Von beiden ist hier ein Näheres zu sagen.

1. Die erste ist in einem kleinen niedlichen Bändchen in 18°. v. 174 pp. enthalten und führt den Titel: Dissertatio theoretico-practica de lege commissoria, praeside Gothofredo a Jena etc. in Academia Francofurtana exercitii gratia quondam[61]) publice habita et defensa. Francofurti ad Oderam 1663.

Der Verf. der Abhandlung zeigt sich als einen sowohl in der eleganten als in der praktischen juristischen Literatur bewanderten Rechtsgelehrten, dessen Vorliebe jedoch der letzten zugewandt ist. Mantica, Bachovius sind die ihm zunächst stehenden Autoritäten, doch kommen fast alle älteren vor und viele auch zu seiner Zeit noch jüngeren Consiliatores. Die Dissertation zerfällt in 70 meistens kurze Paragraphen, unter denen die 15 ersten nur die Einleitung der Abhandlung bilden, um zu erklären, was die lex commissoria beim Kauf und beim Pfandrecht sey; während in den folgenden die ganze Lehre von der lex commissoria beim Pfandrechte (bis §. 41), dann die beim Kauf unter der Form der Beantwortung von

---

bros Digest. Commentarios, welche zwischen 1668 und 1705 viermal gedruckt wurden. S. die letzte Ausgabe (v. Frankfurt) S. 555 — 556. ad l. XX. 1. n. V. f. Er führt Maestertius als den neusten Schriftsteller über die L. C. an.

61) In dem Vorwort des Herausgebers wird gesagt, die Dissert. sey vertheidigt worden im J. 1656, als der von Heidelberg nach Frankfurt berufene Verf. eben ankam, und werde jetzt (1663) zum zweitenmal auf Verlangen gedruckt. Dieß erklärt das Format. Die Dissert. dieses Gothofredus erschien also vor der des Jacob Gothofredus, was auch Leyser Med. 154. §. 1. bemerkt hat.

34 Hauptfragen abgehandelt wird. Was den wissenschaftlichen Werth dieser Monographie betrifft, so ist er weniger groß als man erwartet. Der Verf. besaß mehr Gelehrsamkeit und Fleiß als Scharfsinn und tiefe Kenntniß des römischen Rechts. Indessen war seine Arbeit geeignet, in jener Zeit zu imponiren. In Deutschland hatte niemand etwas so Vollständiges und ins Einzelne Gehende über die lex commissoria geschrieben. [62])

Die von L. Menken verfaßte Disputatio de lege commissoria a jure reprobata wurde zu Leipzig den 1. Mai 1688 von J. C. Martini vertheidigt und ist in die Sammlung der Dissertationen von L. Menken von 1705 aufgenommen. Sie ist nach der von Wesenbeck in die Rechtswissenschaft eingeführten ramistischen Methode abgefaßt, und enthält 39 erläuterte Thesen, d. h. Paragraphen, in welchen alle erdenklichen Fragen über den commissorischen Vertrag bei Verpfändungen mit großer Klarheit, Schärfe und Bestimmtheit meistens aus beigefügten Gründen beantwortet werden. Zuerst wird die Benennung l. c. erklärt Ths. 1, dann von der nicht verbotenen beim Kauf gehandelt Ths. 2—5; dann Ths. 6 Cujas und Faber widerlegt, welche die l. c. pign. der fiducia gleichstellen, auch die Benennung Pactum legis commissoriae, die in c. 7. X. 3. 21. und den Commentatoren des Mittelalters, ja selbst noch im 17. Jahrhundert vorkommt, vertheidigt. In Ths. 7 steht eine

---

62) Der Verf. beginnt jeden Paragraphen mit einem Quaeritur z. B. §. 15: Quaeritur an l. c. locum habeat in pignore? d. h. ob sie jure digest. gelte und nur jure Cod. verboten sey; daher §. 18 An de jure novissimo sit prohibita? § 19: Quaeritur quare sit prohibita? §. 20. Quaeritur an improbata sit, si non pro mutuo sed pro alio debito pignus datum est? §. 21. Quaer. si in favorem dotis? §. 22. Quaer. an sit valid. si debitoris juramentum accesserit? §. 28. Q. an valeat si sub alia forma? § 24. Q. an valeat, si consuetudine sit approbata? §. 30. Q. an valeat, si non ab initio sit addita, sed ex intervallo? §. 31. Q. an valeat conventio, ut res pro justo pretio sit vendita? §. 33. An locum habeat, si cum fidejuss.? §. 35. An locum habeat in datione in solutum? u. s. w.

schulgerechte Definition des verbotenen Vertrags mit Angabe der Corollaria daraus, in Ths. 8. die Eintheilung l. c. formalis und virtualis (worauf in Ths. 26—28 der Verf. zurückkommt, wo er von der forma externa und interna der l. c. handelt.) Dann wird in Ths. 10—15 die causa efficiens des Verbotes der l. c. nach dem jus naturale, civile vetus et novum, den leges feudales, jura pontificia und nach den Reichsgesetzen untersucht. Hierauf fragt er Th. 16—18, unter welchen Personen sie verboten sey? in Th. 19—26, bei welchen Verpfändungen? und Th. 26—28, in welcher Form? In Th. 29, wenn sie später beigefügt wird? Th. 30. 31. wenn sie eidlich bestätigt ist? Endlich wird in Th. 32—37 von der Wirkung dieses verbotenen Vertrages gehandelt.

Unter jeder Thesis sind die Autoritäten angeführt sowohl Praktiker als Theoretiker. Die Dissertationen von Maestertius und Gothofredus a Jena werden Schritt vor Schritt beachtet. Die von Jacobus Gothofredus zu tit. 2. lib. III. des Codex Theodosianus, so wie Leotardus de usuris, scheinen Menken noch unbekannt gewesen zu seyn. Er berücksichtigt sehr genau Brunnemann, Struv, Lauterbach, und die meisten älteren, die über die l. c. geschrieben haben. [63])

Außer den eben näher beschriebenen Dissertationen kamen uns noch folgende zu Gesicht [64]), welche jedoch dem 18ten Jahrhundert angehören. Diss. inaug. jur. de pacto commissorio in pignore, quam praeside etc. publico examini submittit Joh. Lud. Schleiermacherus. Darmstadio Hass. Mense Januario 1712. Dieselbe ist nur eine Jugendarbeit, welcher Bachov, Merlin und Maestertius zu Grunde liegen.

---

63) Wir finden citirt A. Faber, Budeus, Wesenbeek, Wissenbach, Franzke, Zoesius, Zasius, Perez, Hilliger ad Donellum, Covarruvias, Colerus; aus noch älterer Zeit Bartolus, Alexander ab Imola u. m. a.

64) Der Verf. konnte jedoch bei der Ausarbeitung gegenwärtiger Abhandlungen sie nicht wieder vergleichen. Die beigefügte Beurtheilung derselben notirte er sich im J. 1816.

Excerpta controversarum illustrium de lege commissoria, praeside Joan. Hen. Feltzio, def. Klingler. Argentorati. Darin werden nach Gothofredus a Jena (S. 22. 23. 27.) einige Streitfragen aus dieser Lehre behandelt ohne tieferes Eingehen auf dieselbe.

In Lipenius Bibliotheca jurid. und ihren Fortsetzungen sind mehrere Inauguraldissertationen über die lex commissoria bei Verpfändungen angegeben, welche jedoch auf die Dogmengeschichte der Lehre keinen Einfluß hatten, fast von keinem andern Schriftsteller angeführt und von uns schon aus dem Grunde nicht berücksichtigt worden sind, daß sie nicht zu unsrer Einsicht gelangten. 1) Th. Lehmanni Diss. de lege comm. in pignoribus. Jenae 1674. 2) J. G. Godelmanni Disp. de pignoribus et hypothecis, antichresi, lege commissoria et pigneratione. Rostochii 1694. 4. 3) J. G. Engelbrecht de pacto commissorio contractui pigneratitio illicite adjecto etc. Helmstadii 1729. 4) J. L. van Cattenburch Disp. ad Tit. C. de pactis pignor. et lege Commiss. rescind. Harderov. 1733. 4.

Ob die Dissertationen von M. G. Pauli (Wittenb. 1763. 4., Krause (Wittenb. 1766) vom commissorischen Vertrag bei Verpfändungen handeln, weiß der Verfasser nicht zu sagen.

Die deutschen Rechtsgelehrten des achtzehnten Jahrhunderts haben (bis auf Weber) entweder nur gelegentlich oder doch nur bei einzelnen Streitfragen von der L. C. pign. gehandelt. Wir führen auf 1) Cocceji's (Sam.) Jus controversarum lib. 13. tit. 17. Quaest. 7—11. Es werden vier Hauptfragen abgehandelt mit besonderer Rücksicht auf Struv und Lauterbach. Die erste Ausgabe des Werkes ist von 1710, die zweite von 1740. Emminghaus giebt in der von 1799 sehr lehrreiche Noten zu den Streitfragen, welche auf Glück und die Verfasser der Pandectenlehrbücher des neunzehnten Jahrhunderts nicht ohne Einfluß geblieben sind.

———

63) Die erste Ausgabe erschien 1770, die dritte 1800.

2. In Westphal's Abhandlung vom Pfandrecht[66]) ist die Lehre kurz erörtert in §. 260. Die wichtigsten Streitfragen sind in den Anmerkungen entwickelt, allda auch die Hauptstellen z. B. fr. 34. D. 13. 7. fr. 81. pr. D. 18. 1. c. 13. C. 8. 14. erklärt. Cujacius und besonders A. Fabers irrige Ansicht von der Fiducia wird widerlegt. Er folgt öfter Best. 3) In Walch's Introductio ad Controversias juris civilis ist nur eine Streitfrage über die L. C. behandelt, nämlich die: An ex intervallo adjecta valeat? Sie wird verneint; man sieht aber aus des Verfassers Discussion, daß er in der Literatur der Lehre nicht gründlich bewandert ist. 4) Von sehr geringer Bedeutung sind die Notizen D. L. v. Eichmanns in seiner Sammlung kleiner Abhandlungen v. J. 1782, wo er rechtliche Anmerkungen von der Uebereinstimmung und Verschiedenheit einiger Rechte in Ansehung der l. c., wenn etwas verpfändet wird S. 258—276) mittheilt.[67]) 5) Entscheidungen von Rechtsstreiten über Verpfändungen mit commissorischen Verträgen finden sich in a) Behmers novum jur. controversum. v. 1771. Vol. I. n. 157. b) In H. Ch. v. Selchow's Rechtsfällen B. II. (Lemgo 1782. 4.) nro. 54. c) in den Overbecks Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. Hannov. 1796—1807. B. V. nr. 288. d) in E. F. Klein's Annalen der preußischen Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft. Bd. XVIII. (vom J. 1799) nr. XI. Nur der letzte Fall ist von größerem Interesse und betrifft die noch jetzt so von den neuesten Civilisten verneinte Frage: ob die im Voraus verabredete Ueberlassung des Pfandes für einen schon festgesetzten Preis ein verbotener commissorischer Vertrag sey oder nicht? 6) Zu übergehen ist ferner nicht Claproth's Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge, Göt-

66) Die 1. u. 2. Ausg. sind mir unbekannt, die dritte erschien 1791; die vierte 1810.

67) Er war Preußischer Geheimerath und erinnert an Möser in den patriotischen Phantasien. Er vertheidigt die Gültigkeit der l. c. nach dem Naturrecht, vergleicht einige Gesetzgebungen. Seine Autoritäten sind Hahn zu Wesenbeck, Thomasius, Heineccius, Riccius und die Dissertation von Engelbrecht.

tingen 1797. 2 Thle. 8., wo B. II. §. 212 von der L. C. die Rede ist.[68]) 7) Endlich sind hier die höchst wichtigen Abhandlungen von Thomasius und Riccius zu Gunsten des commissorischen Vertrags bei Verpfändungen aufzuführen; wir meinen des ersten Diss. de usu practico accuratae distinctionis inter emtionem cum pacto de retrovendendo et contractum pigneratitium in der Sammlung seiner Dissertationes t. III. N. LXXVII. und des letzten [69]) Problema juris germanici: num pactum commissorium circa pignora in Germanorum fora, in quibus id quondam testantibus diplomatibus ex literariis monumentis etiam usu valuit, rursus sit invehendum et approbandum? Jena 1734. 4. p. 1—67.

§. 6. Bearbeitungsgeschichte der Lehre seit dem Ende des achtzehnten Jahrhunderts.

Unter den deutschen Rechtsgelehrten der neueren Zeit haben sich Ad. Dietrich Weber (1788 u. 1801) und Glück genauer mit der Lehre von dem commissorischen Vertrage bei Verpfändungen beschäftigt. Der erste zeichnete sich aus durch eine ganz neue Begriffsbestimmung der lex commissoria, indem er ihn so weit faßt, daß er jede Zusage der verpfändeten Sache an den Gläubiger auch für einen noch zu bestimmenden billigen Preis darunter begreift. Dieß veranlaßt ihn, zwischen allen in den Pandecten die letzte Art von Verträgen billigenden Fragmenten und der c. ult. C. de pactis pignorum, eine Antinomie anzunehmen, die er dadurch wieder hebt, daß er jene durch die derogatorische Kraft der letzten für antiquirt erklärt. [70]). Die ganze Lehre Webers hat keinen

68) Von Goenners juristischen Abhandlungen wird im § 6 die Rede seyn, da Webers Ansichten auf ihn schon Einfluß gehabt haben.

69) Die auf dem Titel angegebene practische Frage ist der Hauptgegenstand der Abhandlung und gut gelöst. S. unten §. 10.

70) Webers Abhandlung erschien zuerst (1798) in Koppes niedersächsischem Archiv für Jurisprud. B. I. S. I. S. 160; dann (1801)

geschichtlichen Boden und stellt sich deshalb bei näherer Untersuchung als unhaltbar heraus. Sie hat dessenungeachtet, wie oft das Neue, Anhänger selbst unter den juristischen Celebritäten unsrer Tage gefunden.

Glück giebt im XIV. Band seines Commentars zu Hellfeld §. 869 eine vollständige und sehr gelehrte Abhandlung über die lex commissoria bei Verpfändungen, welche zu den besseren Darstellungen in seinem großen Werke gehört und das Gediegendste ist, was bis jetzt in Deutschland mit genauer Berücksichtigung der früheren Literatur über diesen Gegenstand geschrieben ist. Ein selbstständiges Urtheil des Verfassers und eine scharfe Auffassung der Streitfragen wird indessen oft vermißt; die Lösung der letzten ist nicht selten unrichtig.[71]) Glück tritt den Weberschen Ansichten nicht bei, sondern vertheidigt die bis auf diesen allgemein angenommene Begriffsbestimmung, was auch bei weitem die meisten deutschen Civilisten thun, wie Thibaut im System der Pandecten 8. Ausg. §. 795, v. Wening-Ingenheim und dessen neuester Herausgeber (§. 173) Gesterding (auch in der neusten Ausgabe seines Lehrbuches des Pfandrechts. Sintenis im Handbuch des gemeinen Pfandrechts (v. 1836) §. 28.

Die Weberschen Ansichten fanden aber Beifall bei Gönner[72]), Schweppe im Röm. Priv. Recht §. 336), Seuffert[73]) und Mühlenbruch (im Lehrbuch der Pandecten B. II. §. 321).

In den neuesten Werken, nämlich in Göschen's Vorlesungen über das gemeine Civilrecht §. 347 wird wenig gesagt,

---

in seinen Versuchen über das Civilrecht. Abh. V. Kurze Erörterung der Frage: wie weit erstreckt sich eigentlich bei Verpfändungen die Lex Commissoria.

71) Z. B. seine Interpretation des f. 81. pr. D. 18. 1. S. unt. §. 13.

72) In seinen juristischen Abhandlungen B. I. Abh. VII. 5 p. 121 u. 123, wo er nur eine Frage behandelt.

73) In seinem Lehrbuche und in seinen Erörterungen einzelner Lehren II. Abthl. S. 98—103; ferner im Archiv für Civil. Praxis B. XI. Abh. 16.

die Streitfragen werden nur angedeutet. In v. Vangerows Leitfaden §. 383 geschieht dieser keine Erwähnung.

Nur eine Inauguraldissertation erschien über diese Lehre und zwar erst im J. 1836; es ist die, welche ein Hr. Otto v. Teubern in Leipzig vertheidigte unter dem Titel: ad legem ultimam Codicis de pactis pignorum et de lege commissoria rescindenda (VIII. 35) Lipsiae 4. p. 1—36. Die sonst fleißige Arbeit berührt im Grunde nur den Gegenstand, indem darin vielmehr eine Geschichte des Verbotes des commissorischen Vertrages bei Verpfändungen erzählt als eine practisch dogmatische Darstellung dieser Lehre nach dem gemeinen Recht gegeben wird. Einige wenige Streitfragen werden indessen erörtert und gelöst.

Allein weder diese Dissertation noch die Arbeiten der übrigen deutschen Civilisten haben diese Lehre weiter gefördert als dieß Jac. Gothofredus, van Musschenbroek und einige andere Commentatoren thaten. Die seit Jahrhunderten existirenden Controversen sind ihrer Lösung nicht näher gebracht worden; weshalb auch in den angeführten Werken über die meisten noch verschiedene Ansichten vorkommen. Man scheint diese Lehre, die freilich nur eine sehr unbedeutende Stelle im System des gesammten Civilrechts einnimmt und auf den ersten Blick sehr einfach erscheint, keiner tiefer gehenden Untersuchung für würdig gehalten zu haben.

Was die Lehre von der Fiducia betrifft, welche die von der lex commissoria berührt, so ist dieselbe von unseren Rechtshistorikern nicht vernachlässigt worden, welche auch die wichtige Frage untersuchten, ob mit der fiduciarischen Verpfändung des älteren römischen Rechts nothwendig eine lex commissoria verbunden gewesen sey oder nicht. Bei der Beleuchtung dieser Frage im §. 8 werden die Schriftsteller, welche zu nennen sind, aufgeführt werden.

So viel von der Bearbeitungsgeschichte dieser Lehre im Allgemeinen. Wir glauben keinen Schriftsteller übergangen zu haben, welcher auf den Entwickelungsgang derselben einen in

der Geschichte wichtigen Einfluß gehabt hat. Die Angabe der übrigen Civilisten, selbst mancher die als Autoritäten angeführt werden, hielten wir nicht für nöthig. Daß wir hier und da von einem oder dem andern wenig oder nichts sagten, weil dessen Werke uns nicht zugänglich waren, ist schon bemerkt worden oder wird noch bemerkt werden.

Wir wenden uns nun zur Darstellung der Lehre selbst mit genauer Berücksichtigung der Ansichten der früheren Bearbeiter derselben über alle Punkte, die einer genauen Prüfung unterworfen werden müssen.

(Die Fortsetzung im nächsten Hefte.)

II.

Ueber die Erwerbung der Erbschaft (acquisitio hereditatis) und ihre Folgen nach gemeinem Sachsenrechte und nach den neueren Weimarschen Gesetzen.

Von

Herrn Dr. **Emminghaus**, Geheimen Regierungsrathe zu Weimar.

Unter den erbrechtlichen Lehren pflegt keine in so hohem Grade, wie die rubricirte, Gerichte und Sachwalter zu beschäftigen. Testamentsanfechtungen werden durch ehrenhafte Stellung der Familienglieder zu einander, die auf dem deutschen Charakter beruht, Gottlob selten gemacht. Wer ab intestato berufen, normiren deutliche Vorschriften; die Zeiten sind vorüber, wo mangelhafte Gesetze über Erbfolge der Ehegatten wohl Eltern und Kinder in viele Jahre dauernden Hader stürzten. Dagegen kommt es theils oft vor, daß, weil das